

EL PODER CONSTITUYENTE, LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y EL PACTO CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA

CONSTITUENT POWER, DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE CONSTITUTIONAL PACT IN THE CONTEMPORARY POLITICAL THEORY

RAFAEL ENRIQUE AGUILERA PORTALES¹

Sumario: I. DEMOCRACIA, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE. II. SOBERANÍA, DEMOCRACIA DIRECTA Y PODER CONSTITUYENTE. III. DIALÉCTICA ENTRE CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA: SÍNTESIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. IV. EL PODER CONSTITUYENTE EN LA TEORÍA POLÍTICO-JURÍDICA CONTEMPORÁNEA. V. CONTRATO SOCIAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PACTO CONSTITUCIONAL. VI. PODER CONSTITUYENTE, LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y CULTURA CONSTITUCIONAL. VII. CONCLUSIONES FINALES.

Summary: I. DEMOCRACY, CONSTITUTIONAL REFORM AND CONSTITUENT POWER. II. SOVEREIGNTY, DIRECT DEMOCRACY AND CONSTITUENT POWER. III. DIALECTIC BETWEEN CONSTITUTION AND DEMOCRACY: SYNTHESIS OF THE CONSTITUTIONAL STATE. IV. CONSTITUENT POWER IN CONTEMPORARY LEGAL AND POLITICAL THEORY. V. SOCIAL CONTRACT, DELIBERATIVE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL PACT. VI. CONSTITUENT POWER, DEMOCRATIC LEGITIMACY AND CONSTITUTIONAL CULTURE. VII. FINAL CONCLUSIONS.

“De este modo, puede establecerse una sociedad y mantener la inviolabilidad del pacto común sin lesionar el derecho natural de los ciudadanos. La sociedad que domina este derecho se llama democracia, la cual puede definirse como: asamblea general que posee comunalmente su derecho soberano sobre todo lo que cae en la esfera pública.”

Spinoza, Tratado Teológico-Político

I. DEMOCRACIA, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE

El problema de la Reforma Constitucional constituye uno de los temas más controvertidos y polémicos de la Ciencia Política y Constitucional, porque dentro de ella se cruzan y atraviesan diversos campos procedentes de la frontera difusa y

¹ Profesor Titular de Teoría Política y Jurídica, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica, Universidad Autónoma de Nuevo León (México).

controvertida entre el ámbito del Derecho y la esfera de la Política¹, y donde las valoraciones filosófico-políticas, sociológico políticas y jurídicas tienen un gran impacto e influencia en la creación constitucional.

La posibilidad de reformar una Constitución constituye una de las mejores pruebas contundentes y fiables de su legitimidad democrática². En principio, toda Constitución intenta adecuarse a las necesidades y demandas de la sociedad, sobre todo cuando no proporciona respuestas adecuadas y firmes a las exigencias de las circunstancias políticas, sociales y culturales cambiantes. Entonces, dicha Constitución comienza a generar lagunas, desfases, anomalías y falta de legitimidad democrática y, progresivamente, comienza a hacerse explícita la necesidad de su reforma política.

La idea de perpetuidad constitucional constituye una idea rechazada y excluida por el constitucionalismo moderno, ya que responde a una concepción de un régimen político estático e inmóvil. Jefferson fue quien expresó su firme reprobación y rechazo desde una perspectiva constitucional dinámica y reformista. En este aspecto, la modernidad política se fundamenta en el cambio constitucional a través de la necesidad de revisión y reforma paulatina y constante de nuestras instituciones políticas y jurídicas con la finalidad y objetivo de actualizarlas a las circunstancias históricas cambiantes y, lo que es más importante, actualizar los contenidos sustanciales de libertad, igualdad y justicia que están en permanente tensión dentro de nuestros sistemas constitucionales. Thomas Jefferson afirmaba: “ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua”⁴. El principio de libertad como autonomía individual y colectiva gobierna nuestros modelos de sociedad plurales y democráticos. Locke, Paine y Jefferson creían en la posibilidad de reforma o enmienda constitucional como la posibilidad que posee toda generación presente y futura sobre la generación anterior.

² La Teoría Política y Constitucional trabaja cotidianamente con la realidad política y el orden axiológico constitucional. El Derecho en general y el Derecho Constitucional, en particular, contienen una triple dimensionalidad constituida por normas (*dimensión normativa*), fenómenos socio-políticos (*dimensión sociológica*), valores (*dimensión filosófica*). Nos encontramos ante tres dimensiones conceptualmente distintos y claramente demarcados, pero no necesariamente autónomos ni separados en compartimentos estancos. La teoría de la tridimensionalidad del Derecho la podemos encontrar en pensadores muy cercanos como: L. Legaz y Lacambra; L. Recasens Siches; E. García Maynez; C. Cossio; J. Kunz; L. Bagolini; J. M. Trigeaud; A. Sánchez De La Torre; y M. Reale. Según estos autores, el Derecho es una integración normativa de hechos según valores fundamentales. Vid.. M. REALE, *Teoria tridimensional do Direito*, Sao Paulo, Saravia, 5ª. ed., 1994; L. LEGAZ y LACAMBRA, “La triple misión de la Filosofía del Derecho”, en *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, 1949; L. LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1972; L. RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1965; E. DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1999.

³ Vid. M. Aragón REYES, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina Ediciones, 1995, y *Constitución y democracia*, Madrid, 1989.

⁴ JEFFERSON, *Writings*, p. 963. Jefferson mantuvo una discusión intelectual y académica con Madison enfrentándose a la cuestión de si una generación de hombres tiene el derecho de mediatizar y programar a otra. Vid. HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. ELSTER y R. SLAGSTAD, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª. ed., 2001, pp. 217-262; M. BOVERO, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

En principio, precisamos delimitar conceptualmente la noción político-jurídica de poder constituyente porque nos encontramos ante una categoría compleja, ambigua y polisemia⁵, una acepción jurídica ampliamente debatida por las distintas disciplinas políticas y jurídicas como la Ciencia Política, la Filosofía y Sociología Política y el Derecho Constitucional. Las cuestiones que nos asaltan inmediatamente son: ¿es el poder constituyente un mito fundacional, una ficción hipotética o una metáfora política del orden constitucional? ¿Es el poder constituyente no constituido quien crea una constitución? ¿Sobre qué base de legitimidad política y jurídica se fundamenta? ¿Es el poder constituyente un poder legislativo fundador, ilimitado y supremo? ¿Cuáles son los límites que puede tener una vez instaurado y regulado por el orden constitucional? ¿Quién es titular de este poder constituyente: la nación, el pueblo, la comunidad o el Parlamento? ¿Es una categoría jurídica por excelencia o una categoría metajurídica o suprapositiva? ¿Se trata de una categoría política extralegal que fundamenta el orden constitucional y legal instituido? ¿Cuáles son los límites que posee una vez instaurado por el orden constitucional?

La definición tradicional del poder constituyente ha sido la concepción de un poder extra normativo, original y superior, anterior al proceso legal que funda y construye la constitución normativa de un determinado pueblo o sociedad. Esta es la concepción que heredamos de John Locke, Thomas Paine, Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt. El soberano es el autor original de un orden constitucional y la soberanía en cuanto poder constituyente se manifiesta a través de la elaboración constitucional como un poder por encima del legislativo, que promulga leyes fundamentales⁶. Por tanto, el poder constituyente es previo a todo poder constituido legalmente como leyes, instituciones, normas y posee una dimensión ineludiblemente política y fundacional. En este sentido, el concepto de poder constituyente fundamenta explícitamente el principio democrático en un Estado Constitucional⁷, al asentar que el poder emana del pueblo soberano y que éste constituye la principal fuente de legitimidad política y democrática del Estado.

En resumen, el poder constituyente, como lo concibió en un principio la corriente revolucionaria francesa, se trata de un “poder original” que no se apoya en

⁵ P. LUCAS VERDÚ, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Beramar, 1993; véase también al respecto el trabajo de R. ESTRADA MICHEL y M. NÚÑEZ TORRES, “Una asamblea constituyente para México (consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con especial referencia al caso de la transición mexicana)”, en D. CIENFUEGOS SALGADO y M. A. LÓPEZ OLVERA, (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Derecho y Política*, México, Instituto Investigaciones jurídicas, UNAM, 2005, pp. 189-220.

⁶ F. I. MICHELMAN, *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 40.

⁷ P. DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; véase R. HERNÁNDEZ VALLE, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril, 1993, pp. 143-155; Puede consultarse también A. PORRAS NADALES, “Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, Nueva Época, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, noviembre-diciembre, 1981, pp. 175-199.

ningún poder anterior; es un poder incondicionado, exterior y anterior al Derecho. Y, por último, su fundamento no está en ninguna legalidad, sino en la legitimidad democrática⁸. Ahora bien, en la teoría constitucional contemporánea, debemos distinguir claramente entre poder constituyente y poder de revisión constitucional. En oposición al poder constituyente, debemos hablar explícitamente de poder de revisión constitucional⁹ como un poder no original, sino derivado, que procede directamente de la Constitución. En segundo lugar, no es un poder incondicionado y soberano, sino que es un poder juridificado y, por tanto, limitado.

Este concepto o instrumento jurídico constitucional es utilizado para defender el valor primario y fundamental de la democracia. En este aspecto, la democracia constitucional no es un sistema estático, fijo e inmóvil, ni tampoco un estatus institucional cómodamente alcanzado donde podamos sentirnos satisfechos y realizados político, sino un sistema institucional autocrítico y plural siempre abierto al cambio y la reforma política-constitucional. La democracia es un sistema institucional y convivencial, al mismo tiempo, que debe instaurar una constante deliberación pública¹⁰, un consenso constitucional y una crítica constructiva racional como motores políticos de cambio, mejora y reforma política. En este sentido, el concepto de poder constituyente se introduce en el marco jurídico-político institucional como posibilidad constante de revisión y reforma del pacto constitucional.

Igualmente, es un concepto jurídico analítico¹¹ que ha sido ampliamente utilizado por el constitucionalismo moderno para afirmar la limitación del poder político

⁸ El concepto de *legitimación* tiene un extraordinario desarrollo en el gran politólogo y sociólogo alemán Max Weber. Con este concepto se aludía, sobre todo, a unas normas o principios que son generalmente cumplidos y aceptados por los destinatarios en función de creencias compartidas por ellos; por tanto, podemos decir que un sistema jurídico o de una institución tiene legitimación cuando son apoyados y aceptados socialmente. Regresamos a la triada propuesta anteriormente: legalidad, legitimación social y legitimidad moral constituyen tres dimensiones fundamentales del Derecho. La *legitimidad* es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que operan con criterios de justificación de normas e instituciones. La legitimidad equivale a la idea de justicia o justificación ética, con lo que podemos decir que un sistema jurídico-político es legítimo cuando es justo. Un sistema jurídico-político tiene legitimidad cuando sus normas están dotadas de cierta justificación ética aceptable. Vid. F. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, México, Fontamara, 2000; C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, C. Monereo Atienza (trad.), Granada, Comares, 2006; E. SERRANO GÓMEZ., *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, México, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, 1994.

⁹ Vid. C. DE CABO MARTÍN, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

¹⁰ Vid. N. BOBBIO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en N. BOBBIO, G. PONTARA y S. VECA (comps.), *Crisis de la democracia*, J. Marfá (trad.), Barcelona, Ariel, 1985; J. RUBIO CARRACEDO, “Democracia mínima. El paradigma democrático”, en *Doxa (Revista de Filosofía del Derecho)*, núms. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, pp. 1999-226; J. DEWEY, *Democracia y Educación*, Madrid, Morata, 1995; R. W. DAHL, *La democracia: una guía para los ciudadanos*, F. Vallespín (trad.), Madrid, Taurus, 2002.

¹¹ Vid. I. TURÉGANO MANSILLA, “Constitución, democracia constituyente: el fundamento del constitucionalismo en la primacía del momento constituyente”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 40, Universidad de Granada, 2006, pp.99-119.

y la supremacía de los derechos fundamentales. En este sentido, el poder constituyente no es un instrumento de posibilidad ilimitada y absoluta de cambiar la organización político-jurídica de un determinado Estado¹², sino modelo de legitimación política independiente del poder que lo instaura. Por tanto, no se trata de un concepto contingente, arbitrario, caprichoso que responda a una voluntad política absoluta e ilimitada de cambio institucional porque posee sus propios límites de legitimación y legitimidad basados en los valores y principios democráticos fundamentales. En este sentido, nos vamos a desentender del concepto de poder constituyente en Carl Schmitt como poder originario¹³ que marca una posibilidad absoluta, futura y siempre abierta al cambio político-institucional.

II. SOBERANÍA, DEMOCRACIA DIRECTA Y PODER CONSTITUYENTE

El *poder constituyente*, para Sieyès, no puede quedar limitado y atrapado por un cuerpo de normas positivas, fijas y estables. El poder constituyente¹⁴ encarna y refleja la soberanía popular, instituye y limita el resto de poderes constituidos, pero no puede ser limitado por algún otro poder. En este sentido, Sieyès sigue de cerca el planteamiento filosófico de Rousseau, aunque lo tergiversa completamente.

El poder constituyente democrático es artífice de la revolución, y al mismo tiempo, de la constitución, por lo que es un poder omnipotente, permanente y soberano. En este sentido, SIEYÈS distingue plenamente entre poder constituyente y poder constituido. El poder constituido estaría conformado por la organización política en la medida en que es un poder articulado, dividido, controlado, pero este poder no puede ser constituyente. Sólo la nación, el pueblo entero puede ser el depositario del poder constituyente. Sieyès toma la idea de un cuerpo político soberano de Rousseau, pero generando una diferencia cualitativa que cambiará la historia política, la *voluntad general representativa*. La necesidad de representación¹⁵ tanto en el poder constituyente como en el poder constituido se vuelve imperiosa. De este modo, se instaura el mandato representativo en el modelo de Asamblea constituyente como Asamblea legislativa o constituida. En definitiva, la tesis del poder constituyente en Sieyès, en la medida en que admite la primacía del mandato representativo, sitúa la problemática de la soberanía

¹² Vid. M. DOGLIANI, “Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione”, en G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO y J. LUTHER, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, pp. 270-277.

¹³ Vid. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Francisco Ayala (trad.), Madrid, Alianza, 1982.

¹⁴ Vid. SIEYÈS, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Aguilar, 1973; W. V. GEHRLEIN, “Condorcet’s Paradox”, *Theory and Decision*, Vol. 15, 1983.

¹⁵ Como indica el profesor Javier Ruipérez: “Es generalmente aceptado que Sieyès fue uno de los que más contribuyeron a la forja de la noción del Poder Constituyente, y, por lo tanto, bien podría pensarse que su construcción teórica contribuyó, de manera decisiva, a la feliz consolidación del Estado Constitucional. Es lo cierto, sin embargo, que para lo que en realidad sirvió fue, justamente, para lo contrario. Y por ello por cuanto que, pese a toda la aparente lógica constitucional de su enunciado, lo que, llevado a sus últimas consecuencias, esconde el pensamiento de Sieyès es un palmario atentado a la virtualidad práctica del principio democrático”. Cfr. J. RUIPÉREZ, *La Constitución Europea y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 125.

exclusivamente en el ámbito parlamentario. El grave error del pensamiento Sieyès es convertir al Parlamento en el soberano absoluto e ilimitado del nuevo ordenamiento constitucional. La idea de democracia constituye la principal fuente de legitimidad del Parlamento; pero también en ella se encuentra su límite dentro de una concepción amplia de Estado constitucional.

La *soberanía*¹⁶, para Rousseau, no es dominación de unos sobre otros, ni un consenso ante la ley de otros, ni un pacto de sumisión o delegación regulado por cálculo de intereses, sino una autoproducción de cada uno como miembro de la voluntad general y la totalidad del pueblo a través de cada uno.

En este sentido, nos encontramos indiscutiblemente ante una de las problemáticas filosófico-políticas más sugestivas, interesantes y sugerentes del pensamiento de Rousseau, cuya vigencia y actualidad se mantiene hasta nuestros días. Por tanto, ¿dónde reside la verdadera democracia? ¿En la Asamblea, en la que participan directamente todos sus miembros, o en un cuerpo restringido de representantes elegido democráticamente por una base social (Parlamento)?

En realidad, Rousseau defiende no sólo la primacía absoluta del pueblo soberano como valor de la estabilidad de los poderes constituidos, sino la misma idea de la permanencia de algunas “leyes constitutivas”¹⁷ que fijan el puesto y la función de todos

¹⁶ El concepto de soberanía es una categoría político-jurídica fundamental en la historia del pensamiento político, que ocupa un lugar privilegiado en las exploraciones institucionales e intelectuales de la modernidad occidental. La tensión poder soberano popular y derechos humanos universales, en muchos debates intelectuales, se ha resuelto a favor de los derechos humanos, aunque en la práctica política nacional e internacional, lamentablemente, no ha ocurrido así. Los procesos de globalización y cosmopolitismo están debilitando progresivamente el concepto de soberanía nacional. El concepto de soberanía nacional desplazó y sustituyó el concepto roussoniano de soberanía popular. Sobre esta tensión entre cosmopolitismo, globalización y soberanía, puede consultarse: M. J. FARIÑAS, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2000; A. MCGREW, “Globalization and Territorial Democracy”, en A. MCGRAW (comp.), *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997; A. CARRIÓN RODRÍGUEZ, “El Derecho Internacional a la hora de la globalización” en P. OLIET (comp.) *Globalización, Estado y Democracia*, Málaga, Servicio Publicaciones Universidad de Málaga, 2003. Dentro de la literatura política crítica, puede consultarse J. E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, Madrid, Taurus, 2002; M. HARDT y A. NEGRI, *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2002; S. STRANGE, *La retirada del Estado*, Barcelona, Icaria, 2001; M. CASTELLS, *La era de la información, vol. 2. El poder de la identidad*, Madrid, Alianza, 1998; U. BECK, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998; O. IANNI, *La sociedad global*, México, Siglo XXI, 1995; C. THIEBAUT, “Cosmopolitismo y pertenencia”, *Laguna*, número extraordinario, 1999, pp. 101-119; C. DE CABO MARTÍN, “¿Crisis del concepto de soberanía?”, en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

¹⁷ A. TORRES DEL MORAL, “Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 203, 1975, pp. 112-167. También puede consultarse *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Átomo, 1988. En este trabajo se analiza la inflexión semántica que se produjo entre los términos “pueblo” y “nación”, que se convierten en sinónimos, con lo que la soberanía nacional no necesitaba comportar el sufragio universal, sino tan sólo censitario. De esta manera, podía seguir hablándose de soberanía nacional y representantes de la nación.

los sujetos, el contenido de los deberes y obligaciones de los gobernantes, pero también los límites que los gobernantes no deben sobrepasar.

La soberanía popular, para Rousseau, es indelegable, intransferible e inalienable. El pueblo puede tener mandatarios, pero no representantes. El pueblo sólo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa e inmediatamente el poder político. Por tanto, todo sistema representativo¹⁸ constituye una enajenación de la libertad del ciudadano como soberano, la democracia se ejerce directamente, como en las antiguas repúblicas griegas, o simplemente no es democracia, sino otra cosa: “En cuanto a vosotros –nos advierte Rousseau– pueblos modernos, no tenéis esclavos, pero los sois; pagáis su libertad con la vuestra (...) En el instante en que un pueblo se da un representante, ya no es libre, ya no es.”¹⁹ Rousseau prosigue en su discurso analizando cómo el pueblo inglés se piensa libre y se equivoca, pues sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; pero en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada. La única democracia posible a las exigencias del contrato social es la democracia directa. Rousseau deja bien claro su desconfianza hacia el poder constituido, su rechazo hacia todo cuerpo intermedio y contra todo tipo de representación política. Sin embargo, Rousseau es consciente de que en sociedades demasiado pobladas y complejas esta representación directa resulta difícil, problemática y poco viable, por lo que admite ciertas formas de delegación y representación en el ejercicio del poder político.

Rousseau consideraba irrepresentable la soberanía y sostenía que los elegidos por el pueblo no debían ser representantes, sino comisionados permanentes sometidos a la autoridad (instrucciones y control de revocación) del soberano²⁰, el pueblo. Estas ideas se practicaron por los jacobinos en la *Constitución de 1793*, en los cantones suizos

¹⁸ La representación política introduce, en este sentido, un elemento distorsionador y tergiversador de la soberanía popular porque aleja al soberano absoluto (*pueblo*) de las decisiones políticas y económicas importantes; profundiza las distancias cada vez más abismales entre gobernante y gobernado: e incrementa la arbitrariedad y discrecionalidad del ejercicio del poder con sus corruptelas, sin que pueda mediar un posible control público de la representación política. Puede consultarse también el excelente trabajo de profesor J. L. RUBIO CARRECEDO, *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Véase también A. PORRAS NADALES (comp.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Madrid, Tecnos, 1996.

¹⁹ J. ROUSSEAU, *Contract Social*, III, 15, Pléiade, III, p. 431. Véase el excelente trabajo de C. IGLESIAS, “El contrato social de Rousseau: la política como liberación”, en C. IGLESIAS, (comp.) *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de Historia, 1999. Rousseau sostenía, incluso, que era indispensable una “religión civil” en la cual pudiese cimentarse el respeto a las leyes y el comportamiento político y cívico de los ciudadanos. Igualmente, puede consultarse A. PORRAS NADALES, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

²⁰ Sobre el debate histórico entre democracia directa y representativa, existe abundante bibliografía al respecto. Vid. J. HABERMAS, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1975; D. HELD, *Prospect for Democracy*, Cambridge, Polity, 1993; M. P. LARA, *La democracia como proyecto de identidad ética*, Barcelona, Antropos, 1992; Ch. MOUFFE, *The return of the Political*, Londres, Verso, Trad. Cast. *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999; B. BARBER, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. of California Press, 1984; R. SENNET, *The Fall of Public Man*, Nueva York, W.W. Norton&Company, 1992; y R. A. DAHL, *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

y, luego, en la *Comuna de París de 1848*. La categoría de soberanía²¹, en Rousseau, manifiesta que la ley es expresión de la voluntad general y que la Constitución es expresión de la decisión soberana del poder constituyente.

El *contrato social* forma una comunidad social o sociedad, mientras que la constitución organiza dicha sociedad. Esta tensión o dialéctica entre poder constituyente y organización de los poderes constituidos atraviesa íntegramente toda la Revolución francesa. El poder constituyente de la nación es evocado como el único depositario auténtico de legitimidad política que determina la refundación completa del Estado o la reforma constitucional. En contraposición a los poderes constituidos²², ordenados y limitados en la Constitución, aparece de este modo, como poder previo, ilimitado y total del poder constituyente. En este sentido, se ha producido una interiorización del poder constituyente y revolucionario dentro de la maquinaria de los poderes constituidos a través de mandato de representación y la invocación de la revolución concluida²³.

En consecuencia, me interesa señalar y recalcar cómo se produjo el triunfo de la democracia representativa en la práctica de los sistemas políticos frente a los mecanismos de democracia de identidad o directa. Históricamente, se renuncia a la democracia directa o de identidad “por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa.”²⁴.

En este sentido, nos encontramos ante otro modelo distinto de soberanía, más bien, una soberanía de la Constitución y del Derecho; pero no del pueblo. Nos encontramos, por tanto, ante el conflicto o tensión en el seno del propio Estado Constitucional entre el principio político democrático y el principio jurídico de supremacía constitucional. En la antítesis irresuelta entre democracia directa y democracia representativa, entre soberanía del poder constituyente y soberanía de los poderes constituidos, entre derechos positivos y derechos naturales queda abierta. El contractualismo iusracionalista revolucionario, por ser radicalmente hostil a toda forma de institucionalización de los poderes constituidos, acaba inexorablemente por convertirse en voluntarismo y decisionismo político. La doctrina de la democracia representativa asume “acentos fuertemente estatistas, hasta incorporar la soberanía

²¹ El artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* establece “que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la formación de la ley personalmente o por sus representantes.” Los legisladores de 1789 abrieron una doble vía: participación personal o mediante unos representantes; democracia directa y democracia representativa. Vid. M. FIOROVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000.

²² La razón de existencia y fundamento político último de los tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– como poderes constituidos que se vigilan, contrapesan y controlan reside en el poder constituyente. Vid. MONTESQUIEU, *De L'Esprit Des Lois*, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trads.), prólogo de Tierno Galván, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1972.

²³ Según Edmund Burke, el representante que sacrifica su juicio a la opinión de los electores “les traiciona en lugar de servirles”. Vid. E. DÍAZ y A. RUIZ MIGUEL, “Filosofía Política: Teoría del Estado”, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, CSIC-Trotta, 1996.

²⁴ Cfr. P. DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 19

originaria de la nación o pueblo a la soberanía del legislador y de los poderes constituidos en general.”²⁵ En este sentido, se sustituye soberanía popular por soberanía nacional, mandato representativo por mandato imperativo, democracia representativa por democracia directa. Esta inflexión o cambio se incorporó a todas nuestras constituciones.

Hoy en día, el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular legislativa son consideradas como las instituciones emblemáticas por antonomasia de la democracia directa en el marco del Estado Constitucional. No obstante, conviene observar que desempeñan tareas y papeles radicalmente diferentes. “Mientras el referéndum se sitúa en la mecánica del poder constituido, y en los esquemas de la democracia representativa, el plebiscito sería el medio a través del cual el pueblo decide libremente, sin el concurso del ningún órgano estatal, como la expresión más contundente de la democracia de la identidad”²⁶.

En la actualidad, el referéndum aparece como un instrumento de ratificación de los actos del representante (Asamblea) por parte del representado (pueblo) y se concreta directamente en la institución de mandato imperativo. El referéndum como mecanismo de reforma constitucional es un instrumento político-jurídico bastante común en el Derecho Constitucional contemporáneo. En algunos casos se le denomina plebiscito. Su finalidad, en este caso, resulta de la consulta al pueblo sobre la conveniencia o no de una reforma constitucional: Francia (art. 89), España (arts.167.3 y 168), Italia (art. 138.2), Suecia (arts. 15.2 y 15.3); pero teniendo claro que el referéndum constitucional no legitima políticamente la reforma constitucional como un acto de soberanía²⁷. En el Estado Constitucional, el poder emana del pueblo, a quien corresponde el poder constituyente, es decir, el poder inalienable de establecer la Constitución; pero una vez que la Constitución ha sido promulgada, ciertos poderes se convierten en poderes constituidos, incluido el poder de reformarla²⁸.

III. DIALÉCTICA ENTRE CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA: SÍNTESIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado Constitucional²⁹ moderno ha surgido históricamente de la fusión de dos tradiciones diferentes: por un lado, el liberalismo político, que ha dado origen a

²⁵ Cfr. M. FIOROVANTI, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 68.

²⁶ Vid. P. DE VEGA, *La Reforma Constitucional...op. cit...*p. 117-118; L. AGUILAR DE LUQUE, *Democracia directa y Estado Constitucional*, Madrid, Edersa, 1977; X. ARBOS, y S. GINER, *La gobernabilidad, Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1993; R. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 2002.

²⁷ *Ibid.*, p. 114. Como dice el profesor Pedro de Vega: “difícilmente se podría legitimar la reforma como un acto de poder constituyente, en aquellos casos en los que el pueblo para nada interviene”.

²⁸ *Ibid.*, p. 107.

²⁹ Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en M. CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de*

nuestro constitucionalismo moderno y, por otro lado, la tradición democrática fundada sobre el principio de soberanía. De este modo, tenemos la tradición del liberalismo político (Locke, Montesquieu, Stuart Mill), constituida por el imperio de la ley, división de poderes, defensa de los derechos fundamentales y el respeto a la libertad individual; y por otro lado, la tradición democrática (Suárez, Rousseau, Dewey) cuyas categorías centrales³⁰ son la igualdad política, comunidad política, identidad entre gobernantes y gobernados, y el principio de soberanía popular.

El Estado constitucional³¹ se fundamenta en dos pilares básicos: por un lado, el principio político *democrático*; por otro, el principio jurídico de *supremacía constitucional*. De acuerdo con el primero, con respecto al principio político, *democrático* se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, al que compete el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de *supremacía constitucional*, se considera que la Constitución es norma superior, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. La Constitución no es una mera norma jurídica del Estado, sino la norma fundamental, y, desde esta posición, desempeña la función primordial y prioritaria de garantizar los derechos políticos, civiles y sociales de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado.

Nuestros marcos constitucionales ejercen un enorme poder en nuestras vidas; pero, en la actualidad, sólo unos pocos ciudadanos facultados y cualificados pueden hacer revisiones, reformas o enmiendas constitucionales³³. Hoy en día, no poseemos un concepto unívoco, unitario ni universal de democracia y constitucionalismo.

Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores); J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

³⁰ Véase para ampliar sobre esta tradición R. E. AGUILERA PORTALES, “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental”, en A. FIGUERUELO, *¿Igualdad ¿para qué?*, Granada, Comares, 2007, pp. 15-49.

³¹ Cfr. P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 15. El sistema constitucional es un proceso técnico abierto en cuanto norma, porque supone, por un lado, la participación de la pluralidad de intérpretes que van desde el Tribunal Constitucional a la doctrina iuspublicista, pasando por los diferentes operadores jurídicos y políticos; de este modo, aplicar es ya interpretar. Vid. W. KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2005; M. HERRERO DE MIÑÓN, *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003. El profesor Michael Nuñez Torres expresa, muy acertadamente, esta concepción de la Constitución como complejo institucional axiológico y cultural capaz de integrar la pluralidad de instituciones políticas. Véase M. NÚÑEZ TORRES, “Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en P. TORRES ESTRADA (comp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006.

³³ Vamos a distinguir entre interpretación restringida e interpretación en sentido amplio. La interpretación en sentido estricto es una actividad consciente dirigida a la comprensión y aplicación de la norma jurídica. La interpretación en sentido amplio comprende cualquier *actualización* de la Constitución (cualquier ejercicio de Derecho Constitucional, de una función constitucional...). La puesta en práctica de la Constitución es pues, interpretación de la Constitución en sentido amplio y en ella participan todos los ciudadanos, grupos sociales y órganos estatales. Todos ellos son *fuerzas productivas interpretadoras* que proporcionan materiales hermenéuticos a los intérpretes en sentido estricto. De este modo, podemos decir que la interpretación de la que vive la Constitución es una forma de participación cívica y democrática. Véase J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta,

La actual doctrina jurídica basada en la defensa de los derechos fundamentales³⁴ busca imponer límites a la autoridad legislativa de los políticos democráticamente electos. John Hart Ely ha sido consciente de este peligro real³⁵ que viven nuestras democracias y la necesidad de un poder superior que supervise la democracia. De esta forma, un determinado grupo político, habiendo ganado una elección y con mayoría legislativa, puede, en un momento dado, suspender elecciones, restringir la libertad de expresión, derogar derechos fundamentales o cambiar las leyes electorales para asegurarse una nueva victoria mediante malos manejos. Para los demócratas radicales, es muy importante mantener el derecho del pueblo a gobernarse a sí mismo, incluso a costa de disminuir los derechos individuales fundamentales. Para este sector de la doctrina jurídica³⁶, a los políticos democráticamente electos nunca se les debería permitir reducir el amplio abanico de derechos fundamentales, incluso aunque tenga amplio consenso mayoritario y deliberativo.

Por tanto, resulta difícil analizar la tensión existente entre democracia y constitución³⁷. En la actualidad, podemos afirmar que no hay una tensión inevitable e irresoluble entre democracia y constitucionalismo. En este aspecto, nuestra misión consiste en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen, desarrollen y consoliden en lugar de socavarlas.

Aparentemente, podemos manifestar que el constitucionalismo moderno liberal ha sido esencialmente antidemocrático, en el sentido de querer poner límites al poder político sin pretender usurparlo, pero teniendo como referencia última de protección constitucional el marco de derechos fundamentales y libertades públicas. En este sentido, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder de todo gobierno democrático³⁸. Desde esta visión, los ciudadanos³⁹ son jueces malos y

1994 donde se realiza un estudio pormenorizado de las implicaciones y consecuencias constitucionales de la desobediencia civil en un Estado democrático de Derecho.

³⁴ Vid. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, p.147; G. PECES-BARBA (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate; M. FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000; L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1999; y M. FIORAVANTI, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

³⁵ Vid. J. HART ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

³⁶ Este debate o polémica actual es tratado por nuestro colega J. L. PRADO MAILLARD, "El Gobierno de los jueces", en P. TORRES ESTRADA, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006.

³⁷ Vid. J. ELSTER y R. SLAGSTAD, *Constitucionalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

³⁸ F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, pp 176-192.

³⁹ J. A. SHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1942, p. 269; trad. cast.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Aguilar, 1980). Shumpeter subraya la alta improbabilidad e inconveniencia de que los ciudadanos medios de nuestras democracias consigan prestar atención a las cuestiones políticas (asunto público). Lo peculiar de las decisiones políticas reside en su complejidad, sofisticación y lejanía, razón fundamental por la que los ciudadanos nunca estarán familiarizados con estas problemáticas. Incluso, subestima y desprecia abiertamente la capacidad de razonamiento político

corruptos que no saben cuáles son sus verdaderos intereses; generalmente y debido a sus ocupaciones privadas, son miopes, ineptos e inexpertos ante los problemas institucionales y políticos de interés público.

Hemos partido de una concepción constitucional demasiado pobre, restringida y reducida de mero control de poderes públicos. Por consiguiente, nos urge ampliar dicha perspectiva hacia un constitucionalismo de integración ciudadana y cultural fundada en una sociología y pedagogía constitucional ⁴⁰ tan necesaria e imprescindible como la ingeniería constitucional, porque no existe democracia constitucional sin respeto y ejercicio de los derechos fundamentales, ni cultura cívico-política, ni educación ciudadana y democrática. Los límites y frenos constitucionales, lejos de ser democráticos, pueden reforzar y consolidar aún más la democracia. En este sentido, el principio de supremacía constitucional sigue siendo un principio fundamental del Estado democrático y social de Derecho. Todo tribunal constitucional recibe facultades constitucionales para ser un guardián y protector de la democracia ⁴¹.

La democracia constitucional ⁴² no es un sistema estático y fijo, sino que está orientado hacia el cambio y la reforma mediante procedimientos que garantizan la deliberación pública, el pluralismo político y la crítica racional. El concepto político-jurídico de poder constituyente abre la posibilidad de reforma democrática hacia un nuevo pacto constitucional. Normalmente, en el constitucionalismo moderno, la noción de poder constituyente se ha utilizado como presupuesto teórico y normativo para limitar el poder político instituido y ejercer los derechos de ciudadanía política y social. En este sentido, de lo que se trata es de potenciar un equilibrio armónico, normal y funcional de los distintos principios que conforman el Estado Constitucional: “El poder constituyente institucional, derivado o de revisión –nos da igual el término que se utilice– tiene que consistir en la integración de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional” ⁴³.

del pueblo; en definitiva se trata de renovar la vieja proclama del despotismo ilustrado “*todo para el pueblo, pero sin el pueblo*”.

⁴⁰ Vid. P. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.

⁴¹ Vid. J. HART ELY, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980; R. DWORKIN, “La justicia y los derechos”, en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

⁴² M. BOVERO, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía (Revista de Teoría y Filosofía del Derecho)*, México, núm. 16, Abril, 2002; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001; L. AGUILAR DE LUQUE, *Democracia directa y Estado Constitucional*, Madrid, Edersa, 1977. Los enfoques comunitarios de la democracia insisten en la necesidad de apertura e integración ciudadana. J. DEWEY, *Democracia y Educación*, Madrid, Morata, 1995; J. C. GENEYRO, *La democracia inquieta, E. Durkheim y Dewey*, Barcelona, Antropos, UAM-Iztapalapa, 1991; R. DWORKIN, *La comunidad liberal*, Universidad de los Andes, 1996. S. GINER, “Cultura republicana y política del porvenir”, en *La cultura de la democracia: el futuro*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴³ Cfr. M. NÚÑEZ TORRES, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución (El paradigma de Venezuela y España)*, Porrúa, México, 2007, p. 116. El profesor Michael Núñez es partidario de un equilibrio armónico de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional en la interpretación que realiza del poder constituyente como poder fundacional del Estado constitucional.

En Hobbes, el poder soberano era necesariamente un poder absoluto⁴⁴, ilimitado sin ningún tipo de límites efectivo, incluso los límites de tipo moral que vienen expresados por la ley natural no tienen ningún efecto sobre el Derecho Positivo estatal. Su famoso lema expresa este positivismo jurídico incipiente: *Autoritas non veritas facit legem*. No existe poder constituyente, pues todo poder deriva, una vez constituido, del *Leviathan*, quien ejerce de verdadero soberano. Sin embargo, con la tradición constitucional iniciada por Locke y Kant, se produce un cambio de rumbo importante hacia el garantismo constitucional moderno. Para ambos pensadores, el poder del Estado debe ser limitado y sujeto a normas generales⁴⁵. En este sentido, son los padres del constitucionalismo liberal que marcan límites y frenos al poder absoluto del Estado.

Kant expresa claramente el espíritu republicano reformista. El pueblo sólo puede constituirse a través de la institución de una autoridad política, una autoridad que pueda unificarlo y dirigirlo; en ausencia de esta instancia unificadora, el pueblo no puede existir como tal.

La Constitución político-jurídica fijará las relaciones de convivencia y bienestar entre los ciudadanos: “la mejor constitución es aquella en que tienen el poder la leyes y no los hombres”⁴⁶. La palabra *Constitución* designa también el acto de fundación del Estado; es decir, el acto de la voluntad general por el cual la multitud se convierte en pueblo⁴⁷. Esta noción nos remite al concepto de “poder constituyente” (*constituierende Gewalt*), entendido como ejercicio de la voluntad general que, por medio del contrato originario, conduce a la limitación del arbitrio de los individuos y a la unificación de sus voluntades en un solo poder supremo, dotado de legítima fuerza coercitiva. En resumen, el “poder constituyente” es la voluntad que instituye el *contrario originario* (contrato social), mientras que la idea de Constitución (*Constitution*) expresa el acto fundacional del Estado; es decir, que deriva de la idea de un acto de fundación originaria que define el Estado como articulación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Como dice Kant:

⁴⁴ Vid., T. HOBBS, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México, F. C. E., 1987, (original en inglés 1651); C. B. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.

⁴⁵ Vid., J. LOCKE, John, *Concerning Civil Government*, Second Essay, Great Books, Encyclopedia Britannic, 2a. ed., EUA, Inc. v. 33, 1996.

⁴⁶ Cfr. I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Adela Cortina y Jesús Conill (trads.), Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 196.

⁴⁷ Este planteamiento kantiano nos recuerda y remite a la concepción república clásica de Cicerón, según la cual la *república* (sociedad política) es una asociación de hombres unidos por un ordenamiento jurídico. La república es gobierno y organización política del pueblo, pero la noción de *pueblo* no significa una simple reunión de hombres congregados de forma azarosa, fortuita y arbitraria, sino un cuerpo ordenado y regulado bajo las garantías de las leyes con un objetivo común de utilidad pública. De este modo, se concebía la ley como factor decisivo de ordenación e integración de la sociedad civil. Vid. CICERÓN, *Sobre la República*, I, 25,39. En este sentido, está apareciendo una corriente de juristas romanistas que hablan de un retorno al *civis* republicano en el momento presente.

“El Estado (*civitas*) es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas. En cuanto a éstas, como leyes *a priori*, son necesarias (*no estatutarias*), es decir, en cuanto resultan por sí mismas de los conceptos del derecho externo en general, su forma es la de un Estado en general, el Estado en la idea, tal como debe ser según los principios jurídicos puros, Estado que sirve de norma (*norma*) a toda unificación efectiva dirigida a formar una comunidad (por lo tanto, en lo interno).”⁴⁸

La concepción de contrato social⁴⁹ conforma una idea regulativa, no constitutiva de la experiencia política y jurídica de un pueblo, según la cual el estado civil (*status socialis*) permite defender los derechos fundamentales a través de una coacción legítima del Estado, mejor que en el estado preestatal (*status naturalis*); una dominación que debe ser regulada a través de la idea de voluntad unida y soberana del pueblo:

“El contrato social es la regla y no el origen de la constitución estatal (...) El contrato social no es el *principium* de la fundamentación del Estado, sino el de la administración del Estado y contiene el ideal de la legislación, del gobierno y de la justicia pública.”⁵⁰

La crítica racional a la democracia refleja el vínculo que establece Kant entre gobierno republicano y mecanismo político representativo. La democracia es un despotismo porque en ella los individuos, como personas naturales, quieren inmediatamente dictar leyes para todo el cuerpo político. Para evitar tales consecuencias es necesario introducir el ordenamiento representativo, porque únicamente sobre la base de la representación política⁵¹ es posible imponer la voluntad política como voluntad general. En este sentido, para Kant, el pueblo no posee ningún derecho a la revolución frente a un gobierno constituido legítima y legalmente:

⁴⁸ Cfr. I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Adela Cortina y Jesús Conill (trads.), Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 142. Como señala el profesor Antonio Enrique Pérez Luño, existe una “necesaria correlatividad”, entre la noción que tenía Kant de Estado de Derecho y su idea de derechos humanos. En su teoría percibimos un trasfondo iusnaturalista racionalista junto con los estímulos histórico-políticos inmediatos, los acontecimientos de la Revolución francesa, la expansión del Estado Prusiano, la expansión del movimiento ilustrado. Vid. A. E. PÉREZ LUÑO, “El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA y R. DE ASÍS ROIG (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2001, p. 464.

⁴⁹ La idea de un *pactum uniones civiles* sería una idea de procedimiento que pretende garantizar la justicia de las leyes. No es extraño que las actuales teorías políticas y jurídicas procedimentales, como la de J. Rawls, L. Kohlberg, K.O. Apel y J. Habermas, sean herederas del “contractualismo kantiano”, en la medida en que la noción de imparcialidad constituye el núcleo de una razón práctica (razón pública) que se expresa en la moral, el derecho y la política. Véase A. CORTINA, “El contrato social como ideal del Estado de Derecho: el dudoso contractualismo de I. Kant”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 59, 1988, pp.63-64.

⁵⁰ Cfr. *Reflexionen zur Rechtsphilosophie*, vol. XIX, núm. 7734, *Metafísica de las costumbres*, Adela Cortina y Jesús Conill (trads.), Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 503. Kant sólo usa la idea de contrato social para probar la corrección jurídica, no para justificar el ser del Estado porque, en definitiva, el Estado queda suficientemente legitimado desde la necesidad de asegurar lo mío y lo tuyo, sin que sea preciso el consentimiento de los individuos. Ciertamente, “el pacto no es real, sino ideal, porque la coacción es anterior a él”, *id.* p. 368.

⁵¹ Cfr. G. RANETTA, “Poder y libertad en la Filosofía Política de Kant”, en DUSO, Giuseppe (coord.), *El poder (una historia de la Filosofía política moderna)*, México, Siglo XXI, 2005, pp. 205-237, p. 217.

"Por tanto, un cambio en una constitución política (defectuosa), que bien puede ser necesario a veces, sólo puede ser introducida por el soberano mismo mediante *reforma*, pero no por el pueblo, por consiguiente, no por revolución; y si se produce, sólo puede afectar al poder ejecutivo, no al legislativo. En una constitución política elaborada de tal modo que el pueblo mediante sus *representantes políticos* en el parlamento puede oponer resistencia legalmente al poder ejecutivo y a su representante (al ministro) (...)"⁵².

En su ensayo sobre *la paz perpetua*, la democracia es concebida como forma constitucional basada en el ejercicio directo del poder soberano por parte de los individuos (Rousseau), mientras que, en *Doctrina del Derecho*, cambia hacia un modelo de democracia que es considerada compatible con un orden de gobierno de carácter representativo (Montesquieu).⁵³ Kant opta por privilegiar el mandato representativo del gobierno republicano frente a cualquier intento revolucionario del pueblo.

IV. EL PODER CONSTITUYENTE EN LA TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

En la Teoría Política y Jurídica contemporánea, encontramos distintas versiones e interpretaciones sobre el poder constituyente. En este apartado, me voy a centrar en señalar las propuestas más significativas y relevantes con sus respectivas influencias, en concreto, los planteamientos de Hans Kelsen (Kant), Carl Schmitt (Nietzsche) y Rudolf Smend (Hegel).

La concepción kelseniana nos proporciona una visión radical que entiende el poder constituyente como ficción o mito fundacional que ofrece legitimidad y fundamento a las normas legales y al Estado. Kelsen es un firme partidario de un constitucionalismo escueto y normativo, circunscrito al establecimiento de normas y procedimientos, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*⁵⁴, como norma reguladora de fuentes del Derecho, desde una visión piramidal-vertical.

En este sentido, el poder constituyente es una alegoría o metáfora útil para la construcción y fundación del orden constitucional. El poder constituyente es un presupuesto trascendental o mito; una noble mentira necesaria que los teóricos del constitucionalismo moderno han defendido históricamente. Por tanto, no es derecho positivo, sino una condición de posibilidad al estilo kantiano, una hipótesis, un postulado o ficción. Kelsen denomina al estatuto epistemológico de la norma

⁵² Cfr. KANT, I., "El Derecho público", en *Metafísica de las costumbres*, Adela Cortina y Jesús Conill (trads.), Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1994, p. 153-154.

⁵³ Kant es escéptico frente a la condición humana y la situación de los Estados; sin embargo, atisba el horizonte jurídico como necesidad histórica, pues de lo contrario la historia se manifiesta a través de revueltas, tensiones, revoluciones o conflictos sociales. Más vale introducir paulatinas reformas en el Estado, pues de lo contrario los gobernantes se enfrentarán a todo tipo de disidencias, revoluciones, conflictos y convulsiones políticas y sociales. Kant huye de la inestabilidad política como uno de los grandes males. Kant parte aquí de una premisa jurídica: "una idea guía toda la historia: la del derecho". Refl. 1429; Ak., vol. XV, núm. 618. Vid. A. RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2000.

⁵⁴ Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 2003.

fundamental “condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa”⁵⁵. La teoría pura del Derecho se presenta exteriormente como teoría del conocimiento jurídico, preguntándose bajo qué condiciones de posibilidad podemos alcanzar un conocimiento del objeto jurídico que lo pueda aprehender en su especificidad y prescindiendo de toda metafísica⁵⁶.

Sin duda, Carl Schmitt es uno de los constitucionalistas más sugerentes, agudos, críticos y radicales del constitucionalismo liberal⁵⁷. La Constitución, en sentido positivo, representa la decisión de conjunto sobre el modo y forma de la unidad política, que surge mediante un acto de poder constituyente que contenía, en un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política⁵⁸.

El decisionismo político (*voluntarismo*) sustituye al pactismo social (*contractualismo*); pero siempre podemos preguntarnos sobre lo que hay debajo de toda decisión, qué principios, valores, instituciones pueden inspirar una decisión política fundamental como es la Constitución. En este sentido, Carl Schmitt redefine el concepto de soberanía como un acto creativo y fundador del sujeto constituyente, alejándose de la noción tradicional de soberanía como instancia fundamental y definitiva de mando y gobierno. La soberanía es poder fundador (*die begründende Gewalt*). El soberano no es un gobernante absoluto, sino un legislador fundador; es decir, su misión no es ejercer el poder, sino diseñar las normas y reglas constitucionales superiores que regularán el

⁵⁵ Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Roberto J. Vernengo (trad.), México, Porrúa, UNAM, 2ª. edición, 1991 (original alemán 1932), p. 210. Véase J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996. El razonamiento de fondo es bien sencillo: la validez de las normas constitucionales sólo puede fundarse en otras normas (normativismo kelseniano); una norma sólo puede ser el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; como fundamento último, hay que presuponer una norma básica, pero no se puede presuponer el acto de voluntad que la crea; por tanto, cuando se presupone la norma fundamental, hay que imaginarla como una ficción o hipótesis fundacional.

⁵⁶ Al igual que Kant, se pregunta sobre cómo es posible dar un fundamento no metafísico al conocimiento de los hechos que se expresan en las leyes de la naturaleza. La teoría pura del Derecho se interroga sobre cómo cabe afirmar que el Derecho tiene validez y efectividad sin recurrir a un fundamento trascendente. La filosofía de Kant nos propuso que no hay una respuesta demostrativa absoluta para los problemas últimos, aunque esto no imposibilita necesariamente una reflexión crítica, aproximativa y práctica sobre los problemas jurídicos y morales. La filosofía práctica, o mejor dicho, la filosofía moral, política y jurídica, no es un saber doctrinario, ideológico o programático, sino un saber crítico y autónomo sobre los fundamentos de nuestro conocimiento y práctica jurídica. De esta forma, trata de estudiar los fundamentos últimos de la racionalidad práctica en el campo estrictamente positivo del Derecho. Vid. E. KANT: *Crítica a la razón pura*, traducción, prólogo, notas e índices de Pedro Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978; R. WALTER, “Origen y desarrollo de la idea de norma fundamental”, en R. WALTER, *Problemas centrales de la teoría pura del Derecho*, Luis Villar Borda (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997, véanse capítulos IX y X especialmente; N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965; E. VÁZQUEZ, “La teoría pura del derecho: entre la ciencia jurídica y la política jurídica”, en *Ensayos jurídicos y de política jurídica*, México, UANL, 2003.

⁵⁷ Carl Schmitt, desde Wilhelm von Humboldt, Lorenz von Stein hasta Georg Jellinek, Max Weber ha sido uno de los estudiosos más sugerentes y radicales del constitucionalismo moderno y liberal. Vid. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, 1988.

⁵⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Francisco Ayala (trad.), Madrid, Alianza, 1982, p. 45-46.

ejercicio del poder. En el momento de creación constitucional genuina, el poder constituyente es “el mayor y sin orígenes, poder legalmente independiente”⁵⁹.

En este sentido, el poder constituyente soberano puede iniciar un cambio en la ley que viole el ordenamiento jurídico positivo instituido. Puesto que la soberanía expresa ese poder fundacional, creador y productor de un nuevo orden legal y constitucional que funciona en momentos excepcionales⁶⁰.

La teoría de la Constitución de Carl Schmitt se resume en la reducción de la constitución a unas decisiones fundamentales, y representa la más radical expresión de una etapa decisionista, según la cual el derecho tiene su razón en la voluntad y no en la razón, es decisión y no norma; vale no como realización de algo valioso, sino porque así ha sido establecido⁶¹.

La Constitución es, además de norma, la expresión de un proceso de integración⁶² como calificó Rudolf Smend. En este sentido, la Constitución está conformada por valores vivenciales⁶³ sustentados por los miembros de la comunidad. Los derechos fundamentales nos remiten a estos valores; es decir, al proceso de formación de la conciencia social colectiva. Los valores vividos y entendidos por la comunidad son criterio de decisión constitucional.

La concepción schmittiana destaca el momento constituyente como una manifestación de la voluntad originaria y fundacional que pone fin a la discusión acerca de las alternativas políticas posibles. Las categorías políticas de Schmitt son existenciales en la medida en que la política se analiza en términos existenciales y no en términos sustanciales o esencialistas. Su existencialismo político es radical y absoluto e instaura la única y definitiva norma de todas “el agrupamiento en amigos y enemigos”⁶⁴.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁰ Cfr. C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971, p. 79.

⁶¹ Cfr. M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 86.

⁶² Rudolf Smend realiza un esfuerzo por liberar a la teoría constitucional y del Estado del paradigma positivista. Smend tomó, en oposición a Kelsen, el método fenomenológico de Theodor Litt y su filosofía hegeliana. El Estado no es una persona jurídica dotada de derechos y obligaciones, sino una realidad espiritual “integrada”, resultado de procesos de interacción individuales, pero dotada de sentido. Véase J. BRAGE CAMAZANO, “Estudio preliminar”, R. SMEND, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

⁶³ La Teoría Política y Jurídica de Rudolf Smend se circunscribe en la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann y, sobre todo, la filosofía política de Hegel, donde lo importante es alcanzar la reconciliación entre lo particular y lo universal a través del método dialéctico, la reconciliación e integración superadora entre los egoísmos particulares y el marco constitucional universal.

⁶⁴ Vid. C. SCHMITT, *La dictadura (desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria)*, versión José Díaz García, Madrid, Alianza, 2003. Véase para ampliar más el trabajo M. NUÑEZ TORRES, “La pertinencia del estudio del pensamiento político de Carl Smith en el siglo XXI” en R. E. AGUILERA PORTALES y A. ESCÁMEZ NAVAS, *Pensamiento contemporáneo: una panorámica*, México, 2008, Porrúa, pp. 19-35.

La concepción smendiana de la Constitución como realidad integradora nos proporciona una concepción de Constitución más flexible, fluida y abierta que relativiza el momento constituyente. En realidad, nos encontramos ante un proceso constituyente abierto, continuo e inacabable que pretende alcanzar el consenso ciudadano más amplio a través de una legitimación política constante. Por tanto, la Constitución consiste en una integración que se realiza históricamente de forma permanente y continua, como supuesto especialmente significativo de la eficacia integradora de toda comunidad jurídica.

La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en el que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de dicho proceso⁶⁵.

La concepción estática o jurídico-formal de Constitución no puede responder a los procesos políticos que conforman el Estado y la sociedad civil. La Constitución normativa no puede abarcar siquiera en su totalidad aquellas funciones vitales del Estado que le compete regular, pues éstas actúan con su propia dialéctica y dinamismo⁶⁶. El gran dinamismo de la vida política no puede ser aprehendido y normado plenamente por unos cuantos artículos de la Constitución. Nos encontramos ante lo que E. Kaufmann denomina: “el Derecho Constitucional vivo” donde se hace necesario analizar “las fuerzas sociales realmente significativas”⁶⁷.

“Esta eficacia integradora no es fruto de la Constitución, entendida como un momento estático y permanente de la vida del Estado, sino más bien de la continua

⁶⁵ Cfr. R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, José M^a. Beneyto Pérez (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 132 y pp. 62-106 (esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen*, en 1968).

⁶⁶ La filosofía hegeliana no es simple pensamiento acerca del mundo; es algo que tiene lugar en el mundo. Con el sistema hegeliano, la realidad se hace filosofía tratando de integrar lo particular, el individuo, el ciudadano en una nueva tentativa de saber absoluto. El espíritu está en marcha encarnando el mundo, proyectando y realizando el mundo. Karl Marx intentará todo lo contrario: hacer de la filosofía una realidad material. Véase el excelente trabajo de B. SMITH STEVEN, *Hegel's Critique of Liberalism: Rights in Context*, Universidad de Chicago, 1989, traducido como *Hegel y el liberalismo político*, México, Ediciones Coyoacán, 2003; F. ELÍAS DE TEJADA, *El hegelismo jurídico español*, Madrid, 1944; HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Libertarias, 1986; G. W. E. HEGEL, *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural, su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del derecho*, Dalmacio Negro Pavón (trad.), Madrid, Aguilar, 1979; E. OLIVAS CABANILLAS, “Problemas de método en la ‘Crítica de la Filosofía del Derecho Público’, de Hegel” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 66, 1982, pp. 51-88.

⁶⁷ Las normas constitucionales no logran dominar ni comprender las relaciones fácticas de poder que establecen las fuerzas políticas activas de un Estado. El dinamismo de la realidad política y social es siempre mayor y superior a la formalidad jurídica constitucional. En la medida en que estas fuerzas son capaces de modificar y reformar, son también fuerzas creadoras de Derecho y deben ser incluidas. Vid. P. LUCAS VERDÚ, *La Lucha contra el positivismo jurídico en la Republica de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.

creación y renovación de la dinámica constitucional”⁶⁸. El poder constituyente se fundamenta en el grado de eficacia integradora que puede tener una Constitución; es decir, en un acto fundacional donde todos los participantes tienen una experiencia viva de integración en la comunidad, un proceso que integra a todos los presentes en una unidad superior: “La energía integradora de este acto inicial ha de ser nuevamente actualizada en cada momento, y ello generalmente se va produciendo a través de la actuación estatutaria de los órganos y del debate interno de la asociación”⁶⁹.

En esta línea, Rudolf Smend está supeditando todo proceso constitucional al proceso de integración social y ciudadana bajo el criterio evaluador de su eficacia integradora. La propia observancia de la Constitución no está garantizada coactivamente, sino que depende de su capacidad aglutinante y coordinadora sobre las fuerzas políticas existentes en el Estado. Por consiguiente, para que una Constitución tenga eficacia integradora debe ser dinámica, flexible y esquemática; es decir, no debe regular todos los detalles de la vida del Estado; no debe ser rígida, sino marcar orientaciones fundamentales que puedan ser desarrolladas posteriormente por los intérpretes constitucionales⁷⁰ como el Parlamento, poder ejecutivo y poder judicial. La interpretación constitucional desempeña, en este sentido, un proceso de actualización e integración decisivo y global.

V. CONTRATO SOCIAL, DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PACTO CONSTITUCIONAL

En la teoría política de Rawls⁷¹, la deliberación pública juega un papel decisivo y fundamental en el proceso del poder constituyente como ejercicio de la voluntad de la ciudadanía, a través de la figura hipotética de posición original, que garantiza y asegura un orden constitucional. En este sentido, Rawls propugna un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) entre los distintos actores, ciudadanos y grupos políticos: “la profundidad de un consenso entrecruzado requiere que sus principios e ideales políticos

⁶⁸ R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit...p. 136. La formación de un grupo social y su organización no es una simple regulación de una estructura dada y permanente, y de sus manifestaciones exteriores, sino que es la forma que da fundamento a dicho grupo y le permite su creación y renovación.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁰ Vid. J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994. “Lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad autotransformadora y supletoria de sus propias lagunas”. R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., p. 134.

⁷¹ Para ampliar, puede consultarse la abundante literatura crítica sobre la obra de Rawls: R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999; P. VAN PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa?*, Barcelona, Ariel, 1993. F. VALLESPÍN, *Nuevas teorías del contrato social*: J. RAWLS, R. NOZICK, J. BUCHANAN, Madrid, Editorial, 1985; W. KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995.

se funden en una concepción política de justicia que haga uso de ideas fundamentales de la sociedad y de la persona como las que ejemplifica la justicia como equidad”⁷².

Una sociedad bien ordenada, para John Rawls, es aquella que está diseñada para promover el bien de sus miembros y cuando está regulada efectivamente por una concepción política de justicia. Rawls⁷³ señala que nuestras sociedades no están bien ordenadas y que es necesario proceder a una reconstrucción de su entramado normativo para poder reordenarlas y reestructurarlas mejor. Sin embargo, el desorden tiene multitud de niveles y resulta absurdo pretender que una simple teoría normativa pueda solventar una realidad política tan compleja; en este sentido, Rawls ha evolucionando en su pensamiento hacia un giro político que trasciende su obra inicial.

Inicialmente, en su gran obra *Teoría de la justicia* nos planteaba que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”⁷⁴, y su objeto primario es la estructura básica de la sociedad, es decir las instituciones sociales más importantes que regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social. En este sentido, los dos principios de la justicia serían el principio de igualdad, el reparto equitativo de un sistema amplio de derechos y libertades básicas (libertad de pensamiento, expresión, conciencia...), y el principio de diferencia, que reestructura las desigualdades económicas y sociales hacia un mayor beneficio de los más desfavorecidos (justa igualdad de oportunidades).

La concepción política de justicia más razonable para un régimen democrático ha de ser, hablando laxamente, liberal. Eso significa que protege los derechos básicos típicos y les confiere primacía especial; también incluye medidas tendentes a garantizar a todos los ciudadanos que tengan los medios materiales suficientes para hacer uso efectivo de esos derechos básicos⁷⁵.

⁷² Cfr. J. RAWLS, *El liberalismo político*, A. Doménech (trad.), Barcelona, Crítica, 1996, p.196. Cuanto más restringido sea el espectro de grupos políticos, más específico será el consenso, pues van a existir concepciones políticas rivales de justicia constitucional.

⁷³ En su obra *El liberalismo político*, Rawls presentaba un modelo de relación entre las nociones de bien y la idea de justicia, que en términos liberales, podemos entender como el contraste entre el ámbito privado y ámbito público, la esfera ética y la esfera política. J. RAWLS, *El liberalismo político*, A. Doménech (trad.), Barcelona, Crítica, 1996, pp.165 y ss. J. RAWLS, “Justice as Fairness: Political, not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, 1990, 14, 1, pp. 223-251.

⁷⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972;(Trad.Cast. *Teoría de la Justicia*, M.d. González), México, FCE, 1993 p. 175. Rawls evoluciona hacia una teoría de la justicia que tome en cuenta el “pluralismo social razonable” de la sociedad contemporánea hacia su segunda gran obra *El liberalismo político*, op. cit. En este sentido, se ha hablado de un giro político de su pensamiento hacia un segundo Rawls. En dichas sociedades plurales es preciso y necesario una concepción política de justicia que sustente el régimen constitucional.

⁷⁵ Cfr. J. RAWLS, *El liberalismo político*, A. Doménech (trad.), Barcelona Crítica, 1996, p. 189. J. RAWLS, “Justice as Fairness: Political, not Metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1990. El enfoque contractualista rawlsiano insiste en el proceso de deliberación pública de todo Estado constitucional. Vid. J. FISHKIN, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, J. Malem (trad.), Barcelona, Ariel, 1995; J. ELSTER y R. SLAGSTAD (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Mass., University Press.

John Rawls se fundamenta en la concepción de democracia constitucional dualista de un predecesor suyo, John Locke, en la que se distingue el poder constituyente del pueblo para formar, ratificar y enmendar y reformar una constitución⁷⁶, del poder originario constituido de los legisladores y gobernantes en la política cotidiana. Así mismo, distinguimos la ley suprema del pueblo de la ley ordinaria de los cuerpos legislativos. En este sentido, podemos distinguir entre poder constituyente, como poder originario del pueblo, de poder de revisión constitucional, que poseen los legisladores y gobernantes.

En un sistema constitucional con revisión judicial, o con revisión llevada a cabo por algún otro cuerpo, los jueces, o los funcionarios en cuestión, necesitarían desarrollar una concepción política de la justicia a la luz de la cual poder interpretar la constitución y decidir casos importantes. Sólo de este modo pueden declararse constitucionales o inconstitucionales las leyes emanadas de la función legislativa; y sólo de este modo tienen una base razonable para poder interpretar los valores y criterios que ostensiblemente incorpora la constitución. Manifiestamente, esas concepciones habrán de desempeñar un importante papel en la vida política de los debates constitucionales⁷⁷.

La democracia, para Rawls, constituye “una justicia procedimental imperfecta”. Es un procedimiento que intenta ser justo, pero que por sí solo no asegura la justicia de los resultados. En este sentido, entiende la igualdad en el sentido aristotélico como justicia distributiva frente a una concepción liberal de igualdad demasiado formal. No podemos concebir la democracia sin una concepción de justicia, igualdad y libertad compartida que inspire e integre a todos los ciudadanos. Rawls nos está ofreciendo una concepción política de justicia, no una concepción moral para la ciudadanía o ciertas instituciones políticas o sociales. Su concepción no pretende ser omnicomprensiva, sino, más bien, compuesta por ideas intuitivas fundamentales que se encuentran latentes e implícitas en la cultura política y constitucional de toda sociedad democrática.

El paradigma de democracia se deduce de esta concepción política de justicia. Una concepción pública de justicia que surge de un procedimiento consensual de construcción jurídica donde la argumentación se convierte en el instrumento idóneo y preciso para garantizar los principios normativos-procedimentales y los principios de justicia social que deben orientar dicha sociedad democrática liberal. La concepción pública de justicia se convierte en el fundamento dialógico-moral de todo ordenamiento jurídico positivo y, además, el criterio de implementación y desarrollo de políticas sociales del Estado social (*Welfare State*)⁷⁸.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 231.

⁷⁷ Vid. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 198; *Collected Papers* (Samuel Freeman, ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

⁷⁸ Los conceptos de *Estado social* y *Estado de bienestar* son dos conceptos potencialmente interrelacionados, pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes, disímiles y antagónicos. La cláusula expresada en la Constitución, es un concepto estrictamente jurídico que viene expresado como *Estado social de Derecho*; mientras el concepto descriptivo, sociopolítico y socioeconómico, no-normativo viene expresado como *Estado de bienestar*. La constitucionalización del Estado social como cláusula jurídica, como cláusula finalista, “decisión constitucional fundamental”,

El consenso entrecruzado o consenso de consensos, desde esta concepción de justicia, permite llegar a acuerdos políticos entre las diferentes concepciones de vida buena⁷⁹. Los ciudadanos, por tanto, tienen las llaves, a través de este procedimiento consensual, para concertar y reclamar políticas sociales y, también, para participar en la interpretación constitucional de un modo amplio, flexible y genérico. De este modo, la razón pública ciudadana (razón práctica kantiana) se convierte en el fundamento incondicional de ampliación de derechos fundamentales, libertades públicas y políticas públicas de un Estado democrático y social de Derecho.

VI. PODER CONSTITUYENTE, LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA Y CULTURA CONSTITUCIONAL

El liberalismo político contemporáneo es deudor de la *libertad de los modernos*; es decir, en la libertad de conciencia, pensamiento, expresión, protección de la vida, libertad personal y propiedad privada; mientras que el republicanismo⁸⁰, por el contrario, ha defendido la *libertad de los antiguos*; es decir, aquellos derechos de participación y comunicación que posibilitan la autodeterminación y autonomía política de los ciudadanos. Rousseau y Kant trataron de deducir ambos elementos de una misma raíz común.

La legitimación democrática, para Habermas, constituye un elemento fundamental característico de todo Estado constitucional. En este marco de crisis de

elemento esencial de la “fórmula política”, vínculo sustancial del Estado constitucional, está vinculada al objetivo de alguna forma de *Estado de bienestar*. Pero, como habíamos expresado, estos son conceptos independientes entre sí. Vid. S. GINER y S. SARASA, quienes analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del actual Estado de bienestar en “Altruismo cívico y política social”, S. GINER y S. SARASA (comp.), *Buen gobierno y política social*, Madrid, Ariel, 1997; A. GIDDENS, *La tercera vía: La renovación de la Social Democracia*, Buenos Aires, Taurus, 1999; W. ABENDROTH, “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; B. GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002. P. LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955; G. PISARELLO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, México, UNAM, 2006; E. OLIVAS (comp.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

⁷⁹ Ambos pensadores, Rawls y Habermas, han destacado los elementos procedimentales que favorecen la prioridad de la justicia sobre el bien, o cómo las cuestiones de justicia (“lo que es bueno para todos”) deben estar separadas de aquellos preceptos éticos o concepciones del bien particulares (“lo que es bueno para mí o para nosotros”)³⁵, mientras que, para los comunitaristas, desde su contextualismo extremo, el concepto de justicia está íntimamente ligado a las concepciones metafísicas de bien y no cabría separación posible entre ambos. Incluso, teóricos como Charles Taylor, que llevan la etiqueta de comunitarios, en gran medida han afirmado su compromiso con los valores del liberalismo político. Vid. R. P. WOLFF, *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la teoría de la justicia*, M. Suárez (trad.), México, FCE, 1981; véase también, para ampliar, a R. E. AGUILERA PORTALES, “El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre comunitaristas, republicanos y liberales”, en *Anuario de Derecho*, Madrid, Universidad Alcalá de Henares, 2006, pp. 6-44.

⁸⁰ Vid. J. HABERMAS, “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, G. Vilar Roca (trad.), Barcelona, Paidós, 1998, p. 66.

legitimación democrática, surge el paradigma de *democracia constitucional*⁸¹, el cual está vinculado a la idea de *contrato social*. Según Ferrajoli, dicho pacto es una metáfora de la democracia política, porque alude a un consenso de los contratantes; pero, también, es una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato cuenta con cláusulas, consistentes en la tutela de los derechos fundamentales⁸² con los que el soberano complementa la legitimación formal o política.

En cuanto a la metáfora del *contrato social* y su relación con la democracia sustancial⁸³ ideada por el filósofo jurídico florentino, existen opiniones encontradas en el sentido del fortalecimiento de la democracia participativa y una ciudadanía activa que sea el eje rector para la regeneración de la sociedad civil y política. Habermas defiende una postura discursiva y deliberativa respecto al proceso constituyente en todo país mínimamente democrático, mientras que Ferrajoli parece desconfiar de este procedimiento democrático deliberativo, y opta por una salida de pacto constitucional hobbesiano siguiendo la tradición positivista. En definitiva, Habermas propone que el déficit democrático no se va a eliminar por medio de una *reducción estatista*, sino que esto lo sigue agudizando más. Las urgencias legislativas o reformas estatales no solucionan realmente el problema de legitimación democrática y social del Estado de Derecho, sino que parchean una realidad troncada de raíz. Por eso, “hasta el momento faltan los presupuestos reales para una formación de la voluntad de los ciudadanos que esté integrada a nivel europeo”⁸⁴. Este modelo formativo de voluntad política y ciudadana podemos hacerlo extensible a cualquier proceso de construcción política

⁸¹ Existe un consenso generalizado sobre la definición contemporánea de democracia como *un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimiento*. Esta definición ha sido calificada como meramente procedimental o formal por el profesor Luigi Ferrajoli y resulta que se ha convertido en una concepción dominante y unánime en la filosofía y teoría política de Kelsen, Bobbio, Schumpeter y Dahl. Vid. L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, op. cit., pp. 864-867; M. CARBONELL y P. SALAZAR UGARTE (eds.), *Garantismo (Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli)*, Madrid, Trotta, 2005.

⁸² Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos fundamentales...*, op. cit., p. 38.

⁸³ Desde esta perspectiva, el autor florentino rediseña una estructura que propone dos dimensiones: *democracia formal*, previamente analizada, y la otra, denominada *democracia sustancial*, consistente en las normas sustanciales de validez, que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios axiológicos. La democracia formal hace referencia a quien está legitimado para decidir, mientras que la democracia sustancial se refiere a lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir políticamente. La democracia sustancial viene a limitar el poder de dos maneras: garantizando los derechos de libertad y protegiendo los derechos sociales. El objetivo prioritario de Ferrajoli es la búsqueda de elementos garantistas; de este modo, la democracia sustancial viene a completar, controlar y limitar el poder de la democracia formal. Vid. A. GREPPI, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 341-364; R. E. AGUILERA PORTALES y R. LÓPEZ SÁNCHEZ, “Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, *Revista jurídica Iustitia*, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2008, núm. 14, pp. 67-93.

⁸⁴ Cfr. J. HABERMAS, “¿Necesita Europa una Constitución?”, en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 138; Vid. C. S. NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997; J.A. GIMBERNAT, *La filosofía moral de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1977.

nacional e internacional, aunque Habermas se refiere, en este caso, al proceso constitucional de la Unión Europea.

En este sentido, podemos afirmar que Habermas se sitúa en la antípoda del proceso constituyente propuesto por Ferrajoli, un modelo más vertical que horizontal de construcción y reforma constitucional del Estado de Derecho. Por esta razón, mientras Habermas atiende e insiste en los procesos deliberativos públicos de formación de voluntad política soberana, Ferrajoli gira hacia un modelo constitucional vertical construido de arriba hacia abajo mediante la metáfora de pacto social hobbesiano.

Habermas insiste mucho en la posibilidad de formar “de modo discursivo una voluntad política racional”⁸⁵ para lo que no basta introducir espacios de comunicación libre y abierta, sino institucionalizar jurídicamente estas formas de comunicación política que pueden formar la voluntad soberana. En este sentido, Habermas, dentro del problema de legitimación democrática que genera el proceso de construcción europea, plantea tres requisitos funcionales o condiciones necesarias⁸⁶ para el establecimiento de un Estado constitucional plenamente democrático en cualquier país del mundo:

a) El nacimiento de una *sociedad civil*. La formación de redes que amplíen las organizaciones, asociaciones, sindicatos, movimientos que ayuden a vertebrar la sociedad desde los valores fundamentales de pluralismo político e ideológico, tolerancia, igualdad, libertad. El desafío de los nuevos movimientos sociales introduce una vertiente de consolidación, vertebración y fortalecimiento democrático de la sociedad civil. Estos movimientos sociales se están convirtiendo en los nuevos sujetos sociales que inyectan un nuevo impulso ético-político a la sociedad⁸⁷. Estos movimientos tratan de impregnar de valores perdidos a la vida política tratando de cambiar las relaciones existentes entre los hombres. Atienden a valores fundamentales como la solidaridad, la justicia, la libertad, valores que no pueden estar sometidos a la racionalidad instrumental o estratégica que gobierna nuestras deficitarias democracias formales.

b) La construcción de un espacio público político. La reconstrucción del espacio público será el remedio o *farmakon* para el déficit democrático actualmente existente. La reforma del Estado se hace indispensable como mecanismo de consolidación

⁸⁵ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, Suhrkamp, 1994, trad. cast. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 3a. ed., 1998, p. 653..

⁸⁶ *Ibid.*, p. 58. Traemos a colación este tratamiento político y constitucional de Habermas para analizar los presupuestos necesarios del proceso de construcción del Estado constitucional. Vid. A. RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2000; A. TRUYOL y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), vol. II, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975.

⁸⁷ Al respecto, para ampliar sobre el tema, puede consultarse una amplia bibliografía: A. VALENCIA, “Nuevos retos de la Política: Los movimientos sociales y el ecologismo”, en R. DE ÁGUILA, *Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 451-475; J. C. PÉREZ, *Rebelión en la sociedad civil*, Barcelona, Flor de Viento, 1999; O. CLAUS, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1988; H. ARENDT, *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973;

institucional, pero no basta reformar las instituciones si éstas no van acompañadas de cambios culturales. La cultura político-institucional implica un enorme reto para la consolidación de la democracia. Si los procesos y cambios políticos-institucionales no son acompañados de cambios de mentalidad, usos, hábitos, valores, es decir, concepciones socio-culturales, difícilmente se va a alcanzar una mayor y mejor gobernabilidad en la región. Por otro lado, muchas instituciones políticas no han sido diseñadas acordes a los nuevos cambios y necesidades de gobernabilidad democrática con lo cual siguen regidas por la lógica del viejo sistema autoritario.

c) La creación de una *cultura política y democrática común* susceptible de ser compartida por todos los ciudadanos e instituciones. La reconstrucción de la esfera pública requiere de una cultura política amplia; en definitiva, una cultura constitucional sólida y madura. Para ello, es imprescindible el carácter de *publicidad y opinión pública*, visto lúcidamente por Kant, que ayuda a establecer una conexión entre la Constitución jurídica y la cultura política de una comunidad. El “incremento de la cultura” que conduce a “un más amplio acuerdo sobre los principios”⁸⁸. En este sentido, el reconocimiento de la opinión pública como auténtico poder constituyente es una vía útil para la configuración y reconstrucción del espacio político, caracterizado por el “pluralismo”, “policentrismo”, “plurilingüismo”.

La única forma de combatir el grave déficit democrático, el nominalismo constitucional, la falta de cultura político-constitucional, el descrédito de nuestras instituciones y la esfera pública es a través de políticas democráticas radicales que impliquen cada vez más al pueblo como sujeto activo del proceso democrático y constitucional. La doctora Ángela Figueruelo es contundente ante este peligro: “[...] Ante el riesgo de que cualquier Constitución se convierta en un conjunto de proposiciones que nada tienen que ver con la realidad, es decir, Constituciones nominales o semánticas es imprescindible que las Constituciones actuales lleven incorporados un conjunto de mecanismos para su defensa y garantía. El

⁸⁸ Cfr. J. HABERMAS, “La idea kantiana de paz perpetua”..., *op. cit.*, p. 160. Sin duda, la Constitución Europea aparecerá en un contexto mundial de transformación; de ser aprobada, se convertirá en el primer documento constitucional histórico que surge en el contexto y proceso de globalización económica internacional. Un sector amplio de representantes del eurofederalismo defienden una posición cosmopolita al considerar que un Estado federal europeo puede ser el punto de partida para el establecimiento y configuración de un nuevo orden internacional fundado en la defensa del Derecho Internacional. Igualmente, manifiestan que el proceso de unificación europeo es una excelente oportunidad histórica para aspirar a proyectar una verdadera globalización jurídica que preconice una auténtica globalización de los derechos fundamentales como único camino posible para poner freno a los efectos voraces y depredadores de la globalización económica y del actual desorden internacional. *Vid.* M. POIARES MADURO, “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, en *Revista de estudios políticos*, Madrid 2003b, núm. 119, pp. 11-55; D. GRIMM, “Does Europe Need a Constitution?”, en GOWAN y ANDERSON, 1997, pp. 239-258; J. HABERMAS, “Reply to Grimm”, en GOWAN y ANDERSON, 1997, pp. 259-264; Ph. C. SCHMITTER, “Examining the Present Euro-Polity with the Help of New Concepts”, en G. MARKS, F. W. SCHARPF, P. C. SCHMITTER y W. STREECK, *Governance in the European Union*, Londres, Sage, 1996, pp. 121-150; PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam”, en *Common Market Law Review*, Germany, 1999, pp. 703-750; D. HELD *et al.*, *Global Transformations*, Cambridge, Mass., Polity, 1999.

constitucionalismo se convierte de este modo en una técnica jurídica de la democracia y la libertad [...]»⁸⁹.

Si admitimos la tesis del poder constituyente, entonces el proceso constitucional europeo carece de suficiente legitimidad democrática y social. La carencia o inexistencia de poder constituyente⁹⁰ nos lleva a denunciar este grave “déficit democrático” de la Unión Europea: la integración europea debería haber revestido el carácter de proceso constituyente en sentido estricto para ser legítima política y socialmente. En este sentido, la Unión Europea enfrenta una falta de legitimidad que sólo puede ser subsanada si se plantean los objetivos, metas y medios de una construcción europea a través de un amplio, profundo y auténtico debate participativo⁹¹.

En la línea de integración constitucional, Peter Häberle ha insistido en la importancia de la dimensión cultural de la Constitución⁹², que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de Derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma. De esta forma, Häberle constata la relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales. Ambos procesos, el normativo y el cultural, se estimulan recíprocamente, entrando en sinergia e interacción constante. El deterioro del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, Häberle interpreta la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas, sino como la condición cultural de un pueblo: “No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural

⁸⁹ Cfr. A. FIGUERUELO BURRIEZA, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 39.

⁹⁰ Vid. J. RUIPÉREZ, “La teoría democrática del poder constituyente y su inexistencia en el marco de la moderna confederación europea”, en *La Constitución Europea y la teoría del poder constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000; véase también J. RUIPÉREZ, *Europa entre el miedo y la esperanza*, Madrid, Edicusa, 1976; J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, “Crisis de la soberanía estatal y constitución multinivel”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (monográfico sobre constitución y democracia), Granada, Universidad de Granada, núm. 40, 2006, pp.43-53.

⁹¹ Para profundizar en el proceso de integración europea, puede consultarse el trabajo de R. AGUILERA PORTALES, “La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista”, en P. TORRES ESTRADA (ed.), *La Reforma del Estado*, México, Porrúa, 2007. Igualmente, puede consultarse E. OLIVAS CABANILLAS, “Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina”, en *Dilex*, núm. 20.

⁹² Vid. P. HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001; véase también J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994; C. CANTÚ, H. FIX-FIERRO y otros, *Cultura de la Constitución en México, Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, I.I.J., UNAM, 2004.

dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas”⁹³.

Esta perspectiva antropológica y sociológica jurídica profundiza en la búsqueda de factores de legitimación social de nuestras instituciones políticas: “La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha sólo de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a juristas y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino también sirve esencialmente como guía para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas [...]”⁹⁴.

En este sentido, el profesor Häberle profundiza y conecta la idea de un Estado constitucional en el concepto de soberanía popular, democrática participativa y poder constituyente a la manera de Rousseau, cuando critica las deficiencias del sistema representativo: “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de la elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional.”⁹⁵

VII. CONCLUSIONES FINALES

En consecuencia, el poder constituyente es previo al poder constituido legalmente como instituciones, normas y reglas. Este poder soberano posee una dimensión ineludiblemente política y fundacional sumamente importante. Su fundamento último no está en ninguna legalidad positiva, sino en su legitimidad democrática. El concepto de poder constituyente se fundamenta explícitamente en el principio democrático de un Estado Constitucional, al concebir que el poder emana del pueblo soberano y que éste constituye la principal fuente de legitimidad política y jurídica del Estado.

En la actualidad, la Teoría Política y Constitucional distingue claramente entre poder constituyente y poder de revisión constitucional. En oposición al poder constituyente, debemos hablar de poder de revisión constitucional como un poder no original, sino derivado, que procede directamente de la Constitución. En segundo lugar,

⁹³ Cfr. P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998, p. 46.

⁹⁴ Cfr. P. HÄBERLE, “El Estado constitucional europeo”, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *La Constitucionalización de Europa*, México, UNAM, 2004, p. 25.

⁹⁵ Vid. D. VALADÉS, “Estudio introductorio”, en P. HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Sin lugar a dudas, como expresa acertadamente, corresponde a un tipo de sociedad desarrollada, en tanto que sociedad abierta a los intérpretes constitucionales, y tiene que ser, a la vez, una sociedad informada e integrada o al menos, medianamente culta, ilustrada y cívica; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna”, en *La Constitución y los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006; L. PRIETO SANCHÍS, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

no es un poder incondicionado y soberano, sino que es un poder juridificado y, por tanto, limitado. En este sentido, las técnicas de revisión judicial o constitucional ponen frenos a ciertos poderes públicos que, en un momento determinado, pueden exorbitarse en funciones y competencias o casos de conflicto electoral. Un claro ejemplo, puede ser el caso concreto de ilegalidad de la convocatoria política de referéndum de autodeterminación en el país vasco convocada por el Lendakari o presidente del Gobierno vasco, con respecto al Estado español, puede ser un claro ejemplo de exorbitación constitucional que no tendrá ninguna consecuencia política ni constitucional para el sólido y fortalecido Estado de las Autonomías español, que opera en la práctica como un Estado federal. Sobre esta lectura tergiversada de poder constituyente se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional español desestimando la convocatoria ilegal de referéndum.

El concepto o instrumento político y constitucional de poder constituyente es utilizado para defender el valor primario de la democracia. En este sentido, la democracia constitucional no es un sistema estático, fijo e inmóvil, ni tampoco un estatus institucional donde podamos sentirnos plenamente satisfechos y realizados, sino un procedimiento institucional autocrítico y plural siempre abierto al cambio y la reforma política-constitucional. La democracia conforma un sistema institucional y convivencial al mismo tiempo, que se fundamenta en la deliberación pública, el consenso constitucional y la crítica constructiva racional como motores políticos de cambio, reforma y mejora política. En este sentido, el concepto de poder constituyente se introduce en el marco jurídico-político institucional como posibilidad constante de revisión y reforma del pacto constitucional.

El constitucionalismo se caracteriza por diseñar un mecanismo fundamental de organización jurídico-política; es decir, un instrumento que actúa para reconocer un marco amplio de derechos fundamentales y libertades públicas, de instituciones políticas existentes con sus competencias y funciones dentro del conglomerado del Estado democrático y social de Derecho; pero también y, sobre todo, el constitucionalismo conforma una cosmovisión política, un sentimiento, una cultura, una actitud ante los demás y la sociedad, una concepción política, jurídica y metafísica de un modelo determinado de sociedad democrática, tolerante y plural. En este sentido, podemos concebir el Constitucionalismo contemporáneo no sólo como un conjunto de técnicas jurídicas de limitación del poder, sino también y, tal vez lo más importante, una serie de valores, principios y una cultura político-jurídica sumamente importante y necesaria en un momento caracterizado por un fuerte déficit democrático social.

La Constitución constituye un diseño o programa de valores, reglas y principios que alienta a los futuros ciudadanos a pensar en sí mismos, a participar y crear un espacio político público común. En un contexto de pluralismo político, ideológico y moral, en el que se encuentran nuestras sociedades contemporáneas, es imprescindible coincidir en unos pocos valores fundamentales, pues esta coincidencia es decisiva para el buen funcionamiento de nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Todo reforma constitucional requiere de mínimos de tolerancia activa basados en el pluralismo político y respeto al juego político-institucional. “De concordia política, sólo puede hablarse cuando los ciudadanos coinciden en lo que atañe al Estado –por ejemplo, cuando en el Estado todos opinan que los magistrados deben establecerse por elección”⁹⁶. Una concordia o tolerancia política mínima es imprescindible para el buen funcionamiento de nuestras instituciones, en este sentido, nos falta una fuerte cultura político-institucional y nos sobra política mal entendida. La diversidad, el pluralismo y la tolerancia son consustanciales e imprescindibles a la vida democrática. La cultura político-institucional implica un enorme reto para la consolidación de la democracia; si los procesos y cambios políticos-institucionales no son acompañados de cambios de mentalidad, usos, hábitos, valores, es decir, concepciones socio-culturales difícilmente se va alcanzar una mayor y mejor gobernabilidad democrática.

Por otro lado, en ningún caso, la realidad política e institucional agota y consume todas las formas de acción política, especialmente cuando hablamos de regímenes autocráticos, dictatoriales, seudodemocráticos o populistas como es el caso de: Venezuela, Cuba, Corea del Norte, China, Irán, Guinea Ecuatorial, Kenia, Nigeria, Somalia..., donde la confrontación y tensión entre las estructuras legales formales y la realidad política-social es cada vez mayor. Desde una concepción amplia de poder constituyente, fenómenos como la desobediencia civil⁹⁷, levantamientos populares o revoluciones no-violentas conservan toda su legitimidad, dignidad y significado político, sobre todo, cuando diariamente se conculcan derechos fundamentales y libertades públicas. Un orden constitucional legal o positivo que viole o conculque regular o sistemáticamente los derechos fundamentales de sus ciudadanos no es un orden legítimo democráticamente; en este sentido, las teorías del poder constituyente traspasan las fronteras de la política hacia formas de participación política más efectivas y directas.

Para concluir, considero que seguimos estudiando el poder desde el análisis clásico de la teoría política moderna. La tradición jurídica contractualista⁹⁸ de Hobbes,

⁹⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 1167a.

⁹⁷ La desobediencia civil, lejos de significar un peligro o riesgo para el Estado democrático de Derecho, en la medida en que apela a principios constitucionales y cumple con ciertas condiciones básicas, supone un refuerzo complementario extralegal al sistema democrático. Véase R. A. AGUILERA PORTALES, “La Constitución y la desobediencia civil como proceso para la defensa de los Derechos fundamentales”, en *Criterio Jurídico*, vol. VI, Santiago de Cali, Colombia, Universidad Javeriana, 2006, pp.93-115; E. LACLAU, *New Reflections on the Revolution of Our Time*, Londres, 190, traducido como *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1993; J. F. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 1990.

⁹⁸ Thomas Hobbes es el iniciador de la tradición contractualista a través de la categoría de pacto social. Con ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, bajo una visión de legicentrismo y estatismo absoluto. Vid. T. HOBBS, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1985; I. BERLIN, *El poder de las ideas*, C. Morán (trad.), Madrid, Espasa, 2000; E. DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate, 1984.

Locke, Rousseau, Montesquieu, Sieyès..., ha analizado el poder desde el concepto central de contrato social como figura hipotética que explica el origen, génesis, constitución y evolución de la sociedad y el Estado. Sin embargo, Michel Foucault comienza tratando de comprender la clave del poder⁹⁹ no desde el plano de las categorías políticas tradicionales como soberanía, ley, autoridad, institución, sino en un nivel molecular, con lo que denomina la *microfísica del poder*, el estudio de la anatomía interna del poder, es decir, desde la influencia y constitución de pluralidad de fuerzas que rigen y atraviesan las relaciones de poder; pero creo que este tema es ya otro trabajo.

EL PODER CONSTITUYENTE, LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y EL PACTO CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA POLÍTICA CONTEMPORÁNEA

Resumen: la Teoría Política y Constitucional considera que el poder constituyente es previo al poder constituido legalmente como instituciones, normas y reglas. Este poder soberano posee una dimensión ineludiblemente política y fundacional sumamente importante. Su fundamento último no está en ninguna legalidad positiva, sino en su legitimidad democrática. El concepto de poder constituyente se fundamenta explícitamente en el principio democrático de un Estado Constitucional, al concebir que el poder emana del pueblo soberano y que éste constituye la principal fuente de legitimidad política y jurídica del Estado. El concepto o instrumento político y constitucional de poder constituyente es utilizado para defender el valor primario de la democracia. En este sentido, la democracia constitucional no es un sistema estático, fijo e inmóvil, ni tampoco un estatus institucional donde podamos sentirnos plenamente satisfechos y realizados, sino un procedimiento institucional autocrítico y plural siempre abierto al cambio y la reforma política-constitucional.

Palabras clave: Poder constituyente. Legitimación democrática. Soberanía. Reforma política y constitucional. Contrato social.

⁹⁹ El ejercicio del poder no consiste sólo en reprimir, castigar, sino en fungir como productor de verdad y constitución de lo real. Foucault intenta deconstruir la concepción lineal y vertical del poder donde el Estado gobierna al individuo por una concepción plural y circular del poder más amplio, donde el poder está formado por redes, series, diversidad de fuerzas. El poder no es una cosa que se adquiera, se arrebate o se divida. El estatuto ontológico del poder no es el del ente objeto; su estatuto es el de *relación*. El poder consiste, por tanto, en relación de fuerzas, actividad, algo siempre en ejercicio, confrontación, conflicto. En este sentido, el poder implica contraposición de vectores. Vid. M. FOUCAULT, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Introducción y trad. de Miguel Morey, Madrid, Alianza, 1981; M. FOUCAULT, "Los intelectuales y el poder", en *Microfísica del poder*, Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría (trads.), Barcelona Las ediciones de la Piqueta, 1994; M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1999; P. LANCEROS, *Avatares del hombre: el pensamiento de Michel Foucault*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996; D. ERIBON (comp.), *El infrecuente Foucault (renovación del pensamiento crítico)*, Buenos Aires, Letra viva-Edelp, 2004.

**CONSTITUENT POWER, DEMOCRATIC LEGITIMACY
AND THE CONSTITUTIONAL PACT
IN THE CONTEMPORARY POLITICAL THEORY**

Abstract: the Political and Constitutional Theory considers constituent power is previous to the power legally constituted as institutions, regulations and rules. This sovereign power has an unavoidable political and truly important dimension. Its ultimate foundation is not in any positive legality but its democratic legitimacy. The concept of constituent power is based explicitly on the principle of a democratic constitutional state, to conceive that power emanates from the sovereign people and it is the main source of political and legal legitimacy of the state. The concept or a political and constitutional instrument of constituent's power is use to protect the primary value of democracy. So, constitutional democracy is not a static, fixed and unmoving system, nor an institutional status where we can feel fully satisfied and fulfilled, but a self-critical and pluralistic institutional procedure always open to change and political and constitutional reform.

Keywords: Constituent power. Democratic legitimacy. Sovereignty. Political and Constitutional Reform. Social contract.

Artículo recibido: 30.6.2011

Artículo aceptado: 30.9.2011